

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. März 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Wenzel und die Richter Tropf, Schneider, Prof. Dr. Krüger und Dr. Klein

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 28. Oktober 1997 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagten zur Auflassung der im Grundbuch von W. Blatt 304 eingetragenen Grundstücke verurteilt worden sind.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagten sind zu je 1/6 die Erben ihrer am 16. Juni 1985 verstorbenen Mutter H. S. . Diese war Erbin ihres am 25. Oktober 1983 ver-

storbenen Ehemannes A. S. . A. S. war Eigentümer von acht landwirtschaftlich genutzten Grundstücken, die im Grundbuch von W. auf Blatt 304 eingetragen und mit einem - am 22. September 1992 im Grundbuch gelöschten - Bodenreformsperrvermerk belastet waren.

Durch notariellen Vertrag vom 21. Januar 1993 verkauften die Beklagten die Grundstücke an P. Sch. , ließen sie ihm auf und bewilligten die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Die Vormerkung wurde am 16. April 1993 in das Grundbuch eingetragen.

Auf den am 8. Oktober 1994 eingegangenen Antrag auf Umschreibung des Eigentums zeigte das Grundbuchamt mit Schreiben vom 21. Oktober 1994 dem Kläger die beabsichtigten Rechtsänderungen an. Dieser widersprach der Verfügung mit Schreiben vom 23. November 1994. Am 2. März 1995 wurden der Erwerber als Eigentümer und eine Vormerkung zugunsten des Klägers auf Auflassung eingetragen.

Der Kläger hat unter anderem beantragt, die Beklagten zu verurteilen, die unentgeltliche Auflassung der im Grundbuch von W. , Blatt 304, eingetragenen, im einzelnen näher bezeichneten acht Grundstücke zu erklären.

Die Klage hat in den Vorinstanzen Erfolg gehabt. Hiergegen richtet sich die Revision.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hält den Kläger für aktiv- und die Beklagten für passivlegitimiert. Es meint, die Veräußerung der Grundstücke und die Umschreibung des Eigentums im Grundbuch stehe einer Verurteilung zur Auflösung nicht entgegen. Denn der Erwerber "dürfte" wegen der eingetragenen Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Klägers nur Bucheigentümer sein.

Dies hält der Revision nicht stand. Hierüber ist durch Versäumnisurteil zu erkennen (§§ 331, 557 ZPO). Insoweit beruht das Urteil allerdings nicht auf der Säumnis, weil es ohne Säumnis ebenso ergangen wäre (BGHZ 37, 81 f).

II.

1. Das Berufungsgericht stellt fehlerfrei fest, daß die Beklagten nicht zuteilungsfähig sind und der Kläger gemäß Art. 233 § 11 Abs. 3 i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 2 lit. b EGBGB vorrangig berechtigt ist. Die Revision erhebt insoweit auch keine Rüge.

2. Zu Recht macht sie dagegen geltend, daß die zugunsten des Klägers eingetragene Vormerkung bereits Anfang Juli 1995, also über drei Monate vor Klageerhebung, gemäß Art. 233 § 13 Abs. 5 Satz 1 EGBGB i. d. F. des Registerverfahrenbeschleunigungsgesetzes vom 20. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2182) wieder erloschen war, so daß die Verfügung über die Grundstücke



jedenfalls von diesem Zeitpunkt an dem Kläger gegenüber wirksam wurde (MünchKomm-BGB/Wacke, 3. Aufl., § 883 Rdn. 48). Das Berufungsgericht hat darüber hinaus übersehen, daß noch vor Eintragung der Vormerkung zugunsten des Klägers bereits am 16. April 1993 eine Vormerkung zugunsten des Erwerbers in das Grundbuch eingetragen worden war, so daß der Eigentumsübergang auf den Erwerber dem Kläger gegenüber schon aus diesem Grund wirksam geworden ist.

3. Die angefochtene Entscheidung hat schließlich auch deswegen keinen Bestand, weil sie die Beklagten zu einer unmöglichen Leistung verurteilt.

a) Die Verurteilung zu einer Leistung, deren Unmöglichkeit zwischen den Parteien unstreitig ist oder festgestellt wird, ist nach ständiger Rechtsprechung unzulässig (Senat, BGHZ 62, 388, 393; 97, 178, 181; BGH, Urt. v. 4. November 1971, VII ZR 175/69, NJW 1972, 152). Der objektiven Unmöglichkeit steht gemäß § 275 Abs. 2 BGB das Unvermögen gleich. Hat der Schuldner die geschuldete Sache veräußert, ist die Leistung nicht schon deswegen unmöglich, weil der Schuldner über den Gegenstand nicht mehr verfügen kann und auf ihn auch keinen Anspruch hat (BGH, Urt. v. 9. Oktober 1974, II ZR 113/72, NJW 1974, 2317). Unmöglichkeit liegt vielmehr erst dann vor, wenn feststeht, daß der Schuldner die Verfügungsmacht nicht mehr erlangen und zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs auch nicht auf die Sache einwirken kann (Senat, BGHZ 62, 388, 393; Urt. v. 20. November 1981, V ZR 155/80, WM 1982, 206, 208; v. 7. Oktober 1983, V ZR 261/81, NJW 1984, 479). Solange dagegen die Möglichkeit besteht, daß der Dritte dem Schuldner die Verfügungsmacht wieder einräumt oder der Verfügung zustimmt,

steht sein Unvermögen nicht fest (BGHZ 131, 176, 183; Staudinger/Löwisch, BGB [1995], § 275 Rdn. 50).

b) Die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen aus denen sich die Unmöglichkeit der Leistung ergibt, richtet sich nach den allgemeinen Regeln (Staudinger/Löwisch, BGB [1995], § 275 Rdn. 60). Danach trägt derjenige, der einen Anspruch geltend macht, die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen, während der Gegner die anspruchshindernden, die anspruchsvernichtenden und die anspruchshemmenden Tatsachen darzulegen und zu beweisen hat (BGH, Urt. v. 20. März 1986, IX ZR 42/85, NJW 1986, 2426, 2427; Senatsurt. v. 13. November 1998, V ZR 386/97, NJW 1999, 352, 353). Ist die Unmöglichkeit - wie bei den Ansprüchen nach §§ 280, 281, 325, 326, 327, 347, 989 BGB - anspruchsbegründende Voraussetzung, wird es dem Gläubiger häufig nicht möglich sein, Umstände vorzutragen, aus denen sich ergibt, daß ein Rückerwerb des geschuldeten Gegenstandes durch den Schuldner ausgeschlossen ist. Die für diese Beurteilung maßgeblichen Tatsachen beruhen weitgehend auf den rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen des Schuldners zum Erwerber, die dem darlegungsbelasteten Gläubiger regelmäßig nicht oder nicht ausreichend bekannt sind, während der Schuldner hierzu aus eigener Kenntnis ohne weiteres näher vortragen kann. In diesen Fällen hat der Senat daher angenommen, daß die Weiterveräußerung die Unmöglichkeit indiziert, sofern der Schuldner nicht darlegt, daß er zur Erfüllung willens und in der Lage ist (Senatsurteile v. 1. Oktober 1992, V ZR 36/91, NJW 1992, 3224, 3225; v. 29. Januar 1993, V ZR 160/91, WM 1993, 1155, 1156; Staudinger/Löwisch, BGB [1995], § 275 Rdn. 50).

c) Macht der Gläubiger einen Erfüllungsanspruch geltend und wendet der Schuldner ein, die Sache veräußert zu haben, muß er grundsätzlich ebenfalls darlegen und notfalls beweisen, daß ihm die Erfüllung rechtlich oder tatsächlich nicht (mehr) möglich ist. Die fehlende Verfügungsmacht indiziert noch nicht die Unmöglichkeit. Vielmehr kann der Gläubiger dem Schuldner nach § 283 BGB zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist bestimmen und so auf vereinfachtem Wege zu Schadensersatz gelangen (BGHZ 56, 308, 312). Diese Möglichkeit darf der Schuldner dem Gläubiger nicht allein mit dem Hinweis auf die Weiterveräußerung aus der Hand nehmen, obwohl es ihm möglich und zumutbar ist, zur Frage einer Wiedererlangung der Verfügungsmacht oder eines berechtigten Zugriffs auf die veräußerte Sache nach Rechtskraft des Urteils vorzutragen.

Diese Grundsätze gelten bei der Veräußerung von Grundstücken sowohl für den Anspruch auf Herausgabe, als auch für den Anspruch auf Auflassung (vgl. Senatsurt. v. 20. November 1981, V ZR 155/80, WM 1982, 206, 208) oder Abgabe der Löschungserklärung (vgl. Senatsurt. v. 2. Oktober 1987, V ZR 140/86, NJW 1988, 699, 700). Hier besteht allerdings die Besonderheit, daß die geschuldete Erklärung mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben gilt (§ 894 ZPO) und die Möglichkeit eines Vorgehens nach § 283 BGB ausscheidet (BGHZ 53, 29, 34; MünchKomm-BGB/Emmerich, 3. Aufl., § 283 Rdn. 13; Staudinger/Löwisch, BGB [1995], § 283 Rdn. 7). Hat der Schuldner nach Rechtskraft des Urteils aber keine Gelegenheit mehr, sich die Rechtsmacht zur Abgabe der geschuldeten Erklärung noch zu beschaffen, weil die Erklärung bereits als abgegeben gilt, steht einer Verurteilung zur Abgabe der Erklärung der Gesichtspunkt der Unmöglichkeit nur dann nicht entgegen, wenn der Schuldner in der letzten mündlichen Verhandlung noch im Grundbuch als Ei-

gentümer eingetragen ist. Ist dagegen das Eigentum zu diesem Zeitpunkt - wie hier - bereits umgeschrieben, steht in der Regel fest, daß ihm eine wirksame Auflassung nicht mehr möglich ist, so daß der Schuldner hierzu auch nicht verurteilt werden darf (vgl. Senat, BGHZ 136, 283, 285; Urt. v. 23. Januar 1998, V ZR 272/96, NJW 1998, 1482, 1483 und v. 17. Dezember 1998, V ZR 200/97, WM 1999, 448, 449), es sei denn, die Auflassung erlangte trotz der fehlenden Rechtsmacht des Schuldners Wirksamkeit, z.B. gemäß § 185 Abs. 1 BGB (vgl. Senatsurt. v. 23. Januar 1998, V ZR 272/96, NJW 1998, 1482 = DNotZ 1999, 40 m. Anm. Einsele), gemäß § 185 Abs. 2 BGB (vgl. Senatsurt. v. 2. Oktober 1987, V ZR 140/86, aaO) oder gemäß §§ 883 Abs. 2, 888 BGB. Diesen Ausnahmetatbestand darzulegen ist jedoch Sache des Gläubigers, der weiter Erfüllung verlangt.

Da der Kläger derartiges nicht vorgetragen hat, ist das Berufungsurteil in dem angefochtenen Umfang aufzuheben. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um dem Kläger Gelegenheit zu geben, dem in dem Verfahren bisher nicht gesehenen rechtlichen Gesichtspunkt gegebenenfalls durch Klageänderung Rechnung zu tragen.

Wenzel

Tropf

Schneider

Krüger

Klein